Resumdicacion de bienes / Anulados gmesras



POR D. PEDRO VERDVGO SILVA Y Alarcon, vecino de la ciudad de Malaga.

EN EL PLEYTO

Con don Pedro de Alarcon y Aranda, vezino de la ciudad de Antequera.

SOBRE

La restitucion de vnas casas que están en la ciudad de Antequera en la calle de Estepa, y las possee el dicho don Pedro de Alarcon Aranda, las quales son del mayorazgo que oy possee el dicho don Pedro Verdugo Silva y Alarcon, que le fundó el Proueedor Francisco Verdugo.

En Granada, por Baltasar de Bolibar, y Frãcisco Sãchez, a la porteria de las Monjas calçadas de Nuestra Señora del Carmen. Año de 1647.



PARA cuya inteligencia dirè breuemente en el hecho lo que baste a la determinacion deste pleyto.

2 ¶ En virtud de facultad que en doze de Otubre de 1554. años los señores Emperador Carlos V. y doña Iuana su madre, dieron a Francisco Verdugo, Proueedor de las Armadas de la ciudad de Malaga, vezino, y Regidor de ella, hizo vinculo y mayorazgo de ciertos bienes que en la escritura de fundacion, otorgada en la dicha ciudad en treze de Agosto de 1555. và expressando, y entre ellos de vnas casas, que son las de este pleyto, diziendo assi.

3 ¶ *Item, vna casa en la dicha ciudad de Antequera, en la collacion de san Esteuan, en la calle que dizen de Estepa, que alinda con casas de Francisco de Peralta, y con casas de Alonso Martin, y por delãte la dicha calle Real, y por otra parte la misma calle Real.*

4 ¶ Hizose en Pedro Verdugo su hijo mayor, y sus descendientes, para que casasse con doña Ana Pacheco, con calidad que auian de importar los bienes que vinculaua 1500. ducados, y que si la renta importasse mas, tambien le hazia gracia y donacion de ella, y si despues de sus dias mas vinculasse, auia de quedar en el vinculo, porq̃ en esta fundaciõ vsó de la Real facultad, y de la que el derecho le cõcede para vincular el tercio y quinto: y fue condicion, que el en su vida pudiesse a su voluntad añadir y aumentar en el lo que quisiesse de sus bienes: y tambien lo fue, que el dicho Pedro Verdugo pudiesse obligar los dichos bienes vinculados a la dote y arras que recibiesse con la dicha doña Ana Pacheco, con quien estaua tratado de casar, dexandolos para en quanto a esto libres, con que de alli adelante no se pudiessen obligar por esta causa, ni por otra.

5 ¶ Con esto, haziendo diferentes llamamientos, y poniendo diuersas condiciones, que no

importan a este pleyto, prohibiò la enagenacion de los bienes vinculados y expressados en la dicha escritura de fundacion por contrato, ni testamento, ni por otro alguno, ni con facultad Real, antes al que la pidiere desde luego le priua dela sucessiõ, y que passe al siguiente, y que el que huuiere de suceder, antes de aprehender la possession haga juramento, y pleyto omenage de que no enagenará los bienes, ni algunos, ni parte de ellos, y que guardarà las condiciones de la fundacion.

6 ¶ Sucedió en este mayorazgo Pedro Verdugo primero llamado, que casó con la dicha doña Ana Pacheco, los quales en veynte y cinco de Iunio de 1573. años dieron poder a Diego de Andrada y Peralta, Racionero de la Iglesia de Antequera, para que por ellos, y en su nombre pudiesse vender a Francisco Perez, vezino de la dicha ciudad, ò a otra qualquiera persona vnas casas que tenia en ella en la calle de Estepa, por 850. ducados, otorgando en fauor del comprador escritura de venta con todas las fuerças necessarias.

7 ¶ Despues en quinze de Abril de 1575. los mismos, haziendo relacion del poder que auiã dado al dicho Racionero, y como en su virtud vẽdiò las dichas casas, con vna bodega que està junto a ellas con ocho vasos de tinajas, y con cierta puerta que ay en ellas, que son en la ciudad de Antequera, en la calle de Estepa, linde con casas *del Iurado Francisco de Peralta*, con casas *de Simon de Aguilar*, *y por delante la dicha calle de Estepa, y por espaldas con otra calle que vá a la calle de los carreteros, a Francisco Perez.* Y diziendo que esta venta passò, y se otorgò ante Andres de Cordoua, escriuano publico de la dicha ciudad de Antequera en primero de Iulio de 1573. y como por fin y muerte del dicho Francisco Perez auia sucedido en las dichas casas y bodega Leonor Lopez su muger, como su heredera nombrada e instituyda por el dicho su marido en su testamẽto, la qual las auia vendido a el Doctor Andres Delgado, Medico, vezino de la dicha ciudad, aprue-

uan

uan y ratifican esta venta, confessando *ser las casas libres de todo censo y tributo, y de otra hipoteca, y enagenacion, cargo, ni grauamen,* y auer recibido el precio, que fue los 850. ducados.

8 ¶ Esta escritura de vẽta que en virtud del poder otorgó el dicho Racionero Diego de Andrada y Peralta a al dicho Francisco Perez, aunque se ha buscado en los registros del dicho Andres de Cordona, escriuano, y se halló el registro de el año de 1573. que fue el de su otorgamiento, conforme a la relacion que se haze en la referida de ratificacion, no se ha hallado, porque faltan en el dicho registro mas de veynte hojas.

9 ¶ El dicho Doctor Andres Delgado, Medico, en cuyo fauor se hizo la ratificacion de la venta por el año de 1590. dió estas casas debaxo de los mismos linderos en dote a doña Catalina de Aguilar Padilla su hija, quando casó con Geronimo de Pinedo, Veedor y Contador de las Armadas y fronteras de su Mageſtad en la ciudad de Malaga; y la susodicha donò estas casas a dõ Pedro de Alarcon Aranda, Reo de este pleyto.

10 ¶ Esto supuesto, por el año passado de 1630. Pedro Verdugo de Alarcon puso demanda a la dicha doña Catalina de Aguilar Padilla, posseedora de dichas casas, sobre la possession de ellas, por dezir que eran del dicho mayorazgo, y en este pleyto se hizieron prouanças por ambas partes, y huuo sentencias de vista y reuista, en q̃ fue amparada la dicha doña Catalina en la possession de estas casas.

11 ¶ Y por el año de 1640. don Pedro Verdugo de Alarcon, Proueedor de las Armadas y fronteras de la ciudad de Malaga, posseedor del dicho mayorazgo, padre de don Pedro Verdugo, que oy lo possee, y litiga, puso demanda a la dicha doña Catalina de Aguilar, pretendiendo pertenecer en propriedad estas casas al mayorazgo, y que se le auian de restituyr con frutos.

12 ¶ A esta demanda respondió don Pe-

dro de Alarcon Aranda, posseedor ya de las casas en virtud de la donacion que le hizo de ellas doña Catalina, negando la identidad, diziendo, que no las posseyò el fundador, ni el primero llamado, y que en ellas se han hecho por los posseedores grãdes mejoramientos, labrando en ellas corredores, almacenes, y otros quartos, que vnas vezes en este mismo pleyto ha alegado, que importan estas mejoras dos mil ducados, otras quatro, y en esta instancia vna vez quatro mil: y vltimamẽte despues de recebido a prueua, y en el termino de ella, que siete mil y quinientos ducados.

13 ¶ Con esto, hechas prouanças, y presentadas y reproduzidas por ambas partes las que se hizieron el año de 632. en el juyzio possessorio, y las escrituras que quedan referidas, concluso el pleito, y recusado el Alcalde mayor de Antequera, y mandado acompañar con el Licenciado Ximenez de la Calle, Abogado en esta Corte, pronunciaron sentencias: el Alcalde mayor declarando las casas por del vinculo que fundó el Proueedor Francisco Verdugo, y no auerse podido vender, y condenando a don Pedro de Alarcon Aranda a la restitucion de ellas, con los frutos y rentos que se liquidasse auer rentado desde la contestacion de la demanda en la execucion de la sentencia, con que primero don Pedro Verdugo pague a don Pedro de Alarcon lo que justificare valer los mejoros hechos, segun la nueua forma que oy tienen las casas.

14 ¶ El Licenciado Ximenez de la Calle lo mismo en quanto a la restitucion de las casas al vinculo y mayorazgo. Con que don Pedro Verdugo, antes, y primero pague a don Pedro de Alarcon los mejoramientos que el susodicho, y sus antecessores que las han posseydo han hecho en ellas, y que se liquidaren en la execucion, con los interesses de ellos a razon de a veynte mil marauedis el millar, y se compensen en la concurrente cantidad con los rentos de las dichas casas meson.

Apela-

15 ¶ Apelado de estas sentencias se han dicho agrauios en esta Corte, lo mismo que ante el inferior, y se alegaron por el Reo primero quatro mil ducados de mejoramientos en primera peticion: despues en otra siete mil y quinientos. Y recebido a prueua se hizieron prouanças por ambas partes, y se concluyò el pleyto para difinitiua.

16 ¶ Y estãdolo, y en la Sala, en poder del Relator para verse, por parte del dicho don Pedro de Alarcon y Aranda se presentó vn traslado de vna escritura de censo, sacada delos registros de Lazaro Mas, escriuano de la ciudad de Malaga, en que parece, que por el año passado de 1564. el Proueedor Pedro Verdugo (que fue el primero llamado, y en quien se hizo el mayorazgo referido) y doña Ana Pacheco su muger, como principales, y otros sus fiadores, impusieron vn censo sobre ciertos biẽnes, obligandose a pagar en cada vn año 36ɉ646. marauedis y medio de reditos a doña Ysabel de Roxas, y en esta escritura està inserta vna facultad Real, dada por el señor Rey don Felipe Segundo, a pedimiẽto del dicho Pedro Verdugo, por la qual haze relacion, que el dicho Francisco Verdugo, fundador, su padre, fue condenado en cierta visita que sele hizo en 22ɉ200. ducados, delos quales se auiã pagado los 11ɉ200. y se restaua la demas cantidad, y que auiendose de vender la hazienda de su mayorazgo por via executiua, le seria de graue daño, y assi pedia licencia y facultad para poder vender bienes de el hasta en la cantidad de los 11ɉ. ducados que restauan por pagar, porque aunque auia bienes libres no se podian vender, por estar sin hazerse la particion entre sus hermanos, y su Magestad le diò y concedió esta facultad, para que para efeto de pagar los dichos 11ɉ. ducados para la dicha condenacion, y no para otro efeto alguno, pudiesse vender bienes de los del vinculo, con que primero que vsasse de esta facultad se obligasse, y diesse fianças, y seguridad bastante, a contentamiento del Corregidor, ò Iuez de residẽcia de Malaga, que dentro

dentro de dos años, contados desde el dia que vsasse de esta facultad en adelante, incorporaria en el dicho mayorazgo bienes libres en otra tanta cantidad quanto montaren los dichos 11 ʒ. ducados, y que los bienes fuessen de la misma calidad de los que se vendieren, los quales ha su Magestad por incorporados en el, segun, y de la manera, y con las mismas clausulas, vinculos, y condiciones con que estan los demas, y que el dicho Corregidor tome esta seguridad, y prouea, que passados los dos años tenga efeto la incorporacion, y otorgar de ello las cartas de venta, obligacion, y censo, y otras qualesquiera escrituras, las quales su Magestad desde luego aprueua, y ha por firmes, y a cada vna de ellas interpone su autoridad Real, en quanto fueren cõformes, y no excedieren, ni passaren de lo contenido en esta facultad, y con esto dispensa con qualesquiera clausulas, vinculos, y condiciones, y con qualesquiera leyes, y fueros, y derechos, vsos, y costumbres, quedando en su fuerça y vigor para lo demas adelãte, y para el efeto susodicho, y no otro alguno, como dicho es. La qual facultad se despachò en cinco de Agosto de 1564 años.

17 ¶ En ella parece, que Pedro Verdugo dió las fianças ante el Corregidor de Malaga en seys de Setiembre del mesmo año, el qual las aprouó, y declarò auer lugar el poder vender los bienes hasta en cantidad de los 11 ʒ. ducados, con que dẽtro de los dos años incorporasse en el vinculo otros tantos bienes, y tambien se obligaron el dicho Pedro Verdugo, y doña Ana Pacheco su muger.

18 ¶ Esto es lo que contiene la facultad presentada, con que don Pedro de Alarcon Aranda pretende, que auiendo sido anterior a la venta de las casas de este pleyto, se deue entender que se hizo en su virtud.

19 ¶ Y con esto el pleyto astà visto, para que V. m. lo determine, siendo la pretension de el Reo ser absuelto y dado por libre, y quando lugar no aya, ante todas cosas pagado de los mejoramien-

ramientos que pretende tiene prouados.

20 ¶ La pretension de don Pedro Verdugo, Actor (por quien escriuo) que se le han de restituyr las casas llanamente, sin pagar mejoras algunas, por ser de su mayorazgo, y no auerse hecho ningunas considerables, si no solo reparos de muy poco gasto, cuya justicia fundatur ex seqq:

21 ¶ Y para proceder cõ claridad, y que se conozca la que esta parte tiene, diuidiré este papel en tres articulos. En el primero fundarè, que las casas son del vinculo y mayorazgo que fundó el Proueedor Fraciſco Verdugo, y las mismas que se contienen en la escritura de vinculo.

En el segundo satisfaré a la facultad Real presentada por la parte contraria, y a otras oposiciones, en quanto a que pudo disponer el primero llamado de los bienes en los casos que le permitió el fundador.

En el tercero, que no tienen mejoramientos algunos, ó en muy poca cantidad, y caso que los tenga, que no los deue restituyr el posseedor del mayorazgo, ni por ellos se ha de dar retencion.

(✱) ARTICVLO PRIMERO. (✱)

22 ¶ La identidad de esta casa, y ser la misma que el Proueedor Francisco Verdugo dexó vinculada en su mayorazgo, está tan bastantemẽte prouada, que no era necessario examinar este punto, *ad examen veniant, quæ putantur incerta. Nam quis de illa re æstimet deliberandum, vbi nihil reputatur ambiguum?* Decia Casiodoro, variar. lib. 9. epist. 23. pero como los hombres son faciles a disentir, y no ay cosa tan cierta que no la pueda hazer dudosa la controuersia, vt præclare inquit Iustin. in Authét. de tabellion. col. 5. Vlpian. in l. item si vnus 17. §. principaliter, ff. de recept. qui arbitrium, glosa verbo, *diuersas,* in cap. super literis, de rescriptis, Seraphin. de priuileg. iurament. priuileg. 71. num. 4 & post eum plures referens ex nostris, & ex litera-

rum amænarum Authoribus ea fœlicitate, vt adsolet, Dom. Ioan. de Solorçano Pereyra tom. 1. de Indiarum iure lib. 2. cap. 14. num. 1. Para que esto quede fuera de toda duda digo, que aunque en materia de bienes de fideicomisso, identitas eorum sit probanda, vt scribunt Prætis de interpretat. vltimar. voluntat. fol. 553. num. 319. Mascard. conclus. 778. num. 39. vsque ad finem, Petra de fideicommis. quæst. 12. num. 1369. vsque ad finem, Decián cons. 3. num. 52. lib. 2. Menoch. cons. 704 num. 7. Cæsar Barcio decis. Bonon. 2. num. 38. Si la identidad rei immobilis se prueua confinibus alijs, quę demonstrationibus, ad glos. in l. si quis in fundi vocabulo, in verbo, *nominauerit*, ff. de legat. 1. Bart. in l. demonstratio, in 7. quæst. num. 14. ff. de condition. & demonstrat. Socino, Ruino, Decio, Aymon, Natta, Parisio, Rolando, in locis vbi per Farinacium fragment. 2. part. verbo, *identitas*, nu. 52. Aqui està bastantemente prouada, pues assi en la escritura de fundacion, como en los demas instrumentos, que son titulos de la parte contraria, se le dà por linderos la calle de Estepa, y las casas de Francisco de Peralta, y por otra parte la misma calle Real, linderos que sin duda se conservan hasta oy, como consta de la dicha escritura de la fundacion, y de las demas que son titulos de la parte cōtraria, presentados en el pleyto.

23 ¶ Y si identitas fundi, aut domus cēsetur probata duobus confinibus, vt cum pluribus, more suo, probat Farinacius loco supra relato num. 55. Aqui tiene està parte tres linderos indubitables: y si es prouança mas superior quando con los dos linderos concurre tambien la idētidad de algun nombre, ex Cardin. Tusch. verbo, *identitas*, conclus. 4. num. 5. & 6. Mascard. de probation. lib. 2. conclus. 778. num. 39. & seqq. aunque este nombre no sea singular, vt cum multis tradit Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 15. num. 32. & 33. Aqui está prouado con muchos testigos, que estas casas se han llamado siempre, y comunmen-

te

te se llaman, las del Proueedor, por auer sido el Proueedor quien las vinculó como suyas.

24 ¶ Y vltimamente, si la identidad se prueua per publicam vocem, & per testes de audi-tu, & per quancumque semiplenam probationem, ac etiam per coniecturas in antiquis; Bald. cons. 265. lib. 2. & cũ pluribus Menoch. dict. presumpt. 15. num. 35. & in terminis de bienes que se negauã ser de fideicomisso, y su identidad, ipse Menoch. cons. 704. num. 11. lib. 7. Prouado tiene esta parte la identidad de sus casas por estos medios, y que sea en cosa antigua, pues ha nouenta y dos años la fun dacion, y tanto mas quando no se dà otra casa a quien le convengan estos linderos ni demonstra-ciones en la dicha ciudad, vt ex Paulo de Castro cons. 293. in princip. lib. 2. & cons. 298. Alexan-dro, Cephalo, Tuscho, & alijs probat Farinacius dicto verbo, *identitas*, num. 59.

25 ¶ Sin que a todo lo dicho pueda obs-tar, que en la escritura de fundacion se diga, que la casa está en la collacion de san Esteuan, estando en la de san Sebastian, porque fue equiuocacion, y tiẽ ne prouado esta parte, q̃ en la ciudad de Anteque-ra ni ay, ni ha auido parroquia de san Esteuan: y quando fuera falso este lindero, estando prouados los demas, y sin controuersia los dos que dán las dos calles Reales, no podia escurecer esto la pro-uança, ad doctrinam Bart. in l. demonstratio, ff. de condit. & demonstrat. num. 15. ibi: *Hoc præmisso, ille qui vult probare quod de corpore constat, vt sic falsa demonstratio non vitiet, si ostendit nomen cum duabus de-monstrationibus, seu duabus accidentijs congruis huic per-sonæ, vel nomen loci cum duobus confinibus congruis huic fundo, ipse habet fundatam intentionem suam, quia de cor-pore constat, & licet aliqua alia demonstratio fuisset adie-cta, quæ reperitur falsa, hoc non nocet. Quidquid enim vl-tra illas demonstrationes necessarias adiicitur frustra est, & non vitiat, l. 1. §. supra de dot. præleg. si enim omissio non vitiaret multo minus erronea expressio, &c.* La qual doctrina siguen Paulo de Castro, Riminaldo,

Aymon,

Aymon, Ruino, Parisio, Rolando, Deciano, y Tusscho in locis vbi per Farinac. vbi supra num. 62. Y aunque huuo quien lleuó lo contrario en caso de auerse expressado quatro cõfines, y faltar los dos, porque probatio tunc redditur dubia, concilia Farinacio estas opiniones distinguendo vt hæc secũda proceda, quando huuiesse otro fundo, ó casa, cui convenire possent confinia discordantia; y la primera, quando non apparet fundus cui conveniant discordantia confinia: luego en nuestro caso, adonde no se dà otra casa a quien le convenga (ni pueda convenir) la demonstracion de la collacion de san Esteuan quamvis fuisse falsa, prouados los dos verdaderos linderos, bastantemente està prouada la identidad, y tanto mas allegandose los otros medios de prouança que quedã advertidos, y el mayor, como despues se fundarà, de tener la parte cõtraria su titulo deriuado del primero posseedor del vinculo.

26 ¶ A todo lo referido se dize por la parte contraria, que caso que esta identidad estè prouada, y que estas fuessen las mismas casas contenidas en la escritura de fundacion, no consta que fuessen propias del fundador para poderlas vincular, ni que como vinculadas las posseyesse Pedro Verdugo, primero llamado, y quien las enagenó.

27 ¶ Y que ille qui agit ad fideicommissum tenetur probare non solum bona fuisse in bonis testatoris qui fideicõmissum reliquit, sed eorum habuisse dominiũ, y que esta es doctrina que comunmente enseñan los Doctores, vt videre est apud Bald. cons. 84. & cons. 89. lib. 1. Paul. de Castro, y otros muchos Doctores que refiere Vicent. Fusar. de fideicommis. quæst. 614. num. 1.

28 ¶ Para satisfazer a esta oposicion es necessario aueriguar vna dificultad que los Doctores proponen: an fideicommissarius teneatur probare dominium testatoris, an vero sufficiat solam illius possessionem? En la qual dificultad ay

tres

tres opiniones. La primera afirma, quod sit dominium probandum quam tenuerunt, Bald. in conf. 3. lib. 4 Paul. de Castro conf. 94. lib. 2. Craueta conf. 61. num. 6. Deciano conf. 3. num. 51. lib. 2. La segunda, quod satis sit probare possessionem testatoris, la razon es, quia dominiũ præsumitur ex ipsa possessione, esta opinion fue tambien de Baldo in conf. 352. in fin. lib. 1. y de Guid. Papen. decis. 442. La tercera, concilia las dos opiniones antecedentes, distinguiendo tres casos. Es el primero, quando agitur contra hæredem grauatum fideicommisso, aut hæredem hæredis, que entonces basta prouar que aquella cosa se halló in bonis testatoris, & sic á testatore possessam. El segundo, quando se intenta la accion contra extraneum possidentem rem hæreditariam pro hærede, vel pro possessore, y entonces, que basta prouar lo mismo que en el caso primero. El tercero caso es, quando agitur contra extraneum possidentem cum titulo, & túnc quod probandum sit dominium testatoris: esta distincion la aprueuan Natta, Craueta, Bertazola, Riminaldo, Alba, Zephalo, Bursato, Surdo, Menochio, Marzario, Mantica, Mascardo, y Peregrino, en los lugares que refiere Vincentio Fusario dict. quæst. 614. num. 4.

29 ¶ Esto supuesto, dirá la parte contraria que estamos en el tercero caso de la distincion, pues a quien se pide es a vn estraño que possee la casa que se pretende del mayorazgo con titulo, y que assi no solo deue esta parte prouar que la posseyò el fundador, si no que habuit illius dominium, ex doctrina supra à Doctoribus comprouata.

30 ¶ Pero a estas oposiciones se satisfaze. Lo primero, que esta parte tiene prouada con testigos en la prouança que se hizo en el pleyto possessorio el año de 632. que dizen de vista, la possession del fundador, y la que despues tuuo el primero llamado. Es el vno Francisco Perez de Vargas, vezino de Antequera, de edad de 82. años,

fol.58.de lo cõpulſado, que dize, que vió poſſeer las dichas caſas a Pedro Verdugo, primero llamado; y que las poſſeia por de mayorazgo. El otro es Gonçalo Fernandez Pedroſa, de edad de 106. años, fol. 64. dize, que vió poſſeer por ſuyas, y como ſuyas las caſas a Franciſco Verdugo fundador, y deſpues ſe las viò poſſeer a Pedro Verdugo ſu hijo como bienes del dicho mayorazgo. Y demas de eſtos ay otros teſtigos en eſta prouança de auer viſto poſſeer las caſas al primero llamado como bienes del mayorazgo, y otros de publica voz y fama en quanto a que las caſas fueron del fundador, quæ quidé probat pręcipué in antiquis: Probat cum quam plurimis Vicent. Fuſar. quęſt. 618. num. 22. y que ſiempre han ſido tenidas por de el vinculo y mayorazgo que fundò el Proueedor Franciſco Verdugo, y que ſiempre ſe han llamado las caſas del Proueedor: luego prouado tiene eſta parte, no ſolo que fueron del fundador, ſi no que lo fueron en propriedad (pues dizen los teſtigos las poſſeyò por ſuyas, y como ſuyas proprias) y dezir por ſuyas, y como ſuyas proprias, es dezir que tuuo el dominio de ellas; porque de eſtas palabras, *dominium, & proprietas*, vtuntur Iureconſulti promiſcuè, vt in l. ſi procurator 13. ibi: *Dominium mihi, ideſt proprietas, adquiritur etiam ignoranti*, l. cum in corpus, ibi: *Conſtat, proprietatem ad te tranſire*, ff. de adquirend. rerer. domin. notat Franciſc. Duarenus lib. 1. diſputat. anniuerſ. cap. 17. Y de aqui es, que aquel juyzio, ò pleyto en que ſe trata del dominio, ſe dize el pleyto, ó juyzio de la propriedad, no del dominio: y es la razon, porque dize mas la palabra, *propriedad*, que la palabra, *dominio*, aſsi lo notò Ioan. Robertus lib. 3. ſentent. cap. 18. vbi prolixe oſtendit, proprietatis longè aliã quam dominij ſignificationem eſſe: nimirum vt ius, quo plené, & perfectè res mea eſt, proprietas abſoluté dicatur. Y lo miſmo ſignifica la palabra, *ſuyas, y como ſuyas*, porque la palabra, *ſuum*, ſignificat, *dominium*, ad textum in l. Quintus Mutius 27. §. argen-

ę.argento el 1. l. scribit 24. ff. de auro & argento legat. y assi dixo Socino en la regla 96. Dominiũ significari quando pro nomina possessiua iungũtur cum substantiuo alterius generis, vt lego argẽtum meum, triticum meum, aut si legat, domum suam aut fundum suum. Luego bastantemente està prouado con los dichos destos testigos, que las casas de este pleyto fueron del fundador, y tuuo el dominio de ellas, y pue las posseyò como vinculadas Pedro Verdugo, primero llamado, y assi aunque estuuiessemos en el tercero caso de la tercera opinion de litigar contra tertium extraneum cũ titulo, auiamos cumplido con este requisito.

31 ¶ Y no obstarà si dixere la parte contraria, que estos testigos se examinaron en el juyzio possessorio, y que en el esta parte fue vencido, y que assi no pueden hazer fee enel juyzio que oy se trata de la propriedad: porque es sin duda, que probationes factæ in iudicio plenario possessionis prueuan enel dela propriedad, si in eo parte citata reproducantur, probat Dominus Præses Couarr. practicar. quæstion. cap. 17. nu. 4. vers. *Quarũ tum ex præmissis*. Menoch. de retinend. remedio vltimo, num. 38. Mascard. de probationibus, verbo, *possessio*, conclus. 1204. nu. 1. Dom. Christophor. de Paz de tenuta, lib. 1. cap. 32. nu. 8. iunct. num. 14. Rota Roman. Coram Comitulo Tirasonens. præeminentiarum in impressis per Ludou. Postiũ de manutent. decis. 73. num. 2. etiam absque noua examinatione, seu repetitione, vel ratificatione testium, vt probat idẽ Dom. Couarr. & D. Paz vbi supra, qui dicit hoc procedere tàm in probationibus Rei possessoris, quàm in probationibus Actoris qui in manutentione sucubuit. Y procede esto sin dificultad alguna quando en el juyzio sumario teste plenarie fuerũt examinati, Dom. Paz dict. cap. 32. num. 15. Gregor. XV. decis. 535. nu. 14. & 15. Luego aqui correrà mas bien esta doctrina, quando estos testigos fueron examinados en juyzio possessorio plenario, con todos los ter-

minos

minos de juyzio ordinario, y reproduzida la prouança con citacion de la parte contraria, que tambien reproduxo las que hizo en aquel juyzio possessorio, videndus Boccatio de interdict. vti possidet. cap. 14. num. 26. & post omnes Ludouic. Postius in tractat. mandat. de manutenend. obseruat. 39. per totam.

32 ¶ Pero quando todo lo dicho cessara, y que no tuuieramos esta prouança del dominio y propriedad en el fundador, continuada en el primero llamado, bastará (aun en el caso que vamos hablando de la tercera opinion) que estuuiesse prouada la possession, y no el dominio: porque quando aquel a quien se pide, etiam quod sit extraneus habet titulum á grauato, no puede oponer ni refricar la question del dominio, sic in terminis Peregrin. de fideicommiss. multos referens art. 44. num. 6. & 26. & post cum Menoch. cons. 704 num. 3. adonde auiendo puesto los tres casos referidos de esta opinion, y dicho en el primero, que quando el fideicomissario mouit litem aduersus hæredem grauatum, sufficit probare testatoré tempore mortis suæ possedisse bona petita, dize: *Et idem est quando ipse fideicommissarius agit contra tertium, qui acquisiuit ab ipso hærede grauato. Hoc etiam casu sufficit probare possessionem testatoris tempore mortis suæ, &c.* Vltimamente lo dixo Vincent. Fusar. de substitut. quæst. 616. num. 14. adonde declarando los casos de la opinion referida dize: *Declaratur sexto, non procedere quando extraneus possessor habet causam ad hæredes grauato, quia non posset refricare quæstionem dominij, & sufficeret probare de possessione testatoris, &c.* Y assi supuesto que está prouada la possession en el fundador; y en el primero llamado, y grauado con el vinculo, y que la parte contraria habet causam ab illo, pues el mismo grauado vendiò la casa de este pleyto a Francisco Perez, y de este la heredó Leonor Lopez su muger, la qual la vendió a el Doctor Andres Delgado, Medico, que las diò en dote a doña Catalina de Aguilar Padilla quando

casó

casó con Geronimo de Pinedo, y la susodicha las donó a la parte contraria, no era necessario, conforme a las doctrinas referidas, prouar el dominio.

33 ¶ Con lo qual es fuera de toda duda que las casas fueron de el fundador de el vinculo (que don Pedro Verdugo, por quien escriuo, possee) no solo en possession, si no en propriedad, y que con la carga del vinculo passaron en el primero llamado, que fue quien las enagenó, que son las mismas contenidas en la escritura de la fundació, y que esta identidad está prouada, no solo con los medios que el derecho requiere, si no con los mismos titulos de possessió de que se ha valido la parte contraria, que es la mayor prouança, y assi iustamente las pide el dicho don Pedro, y se le deuen restituyr.

(*) ARTICVLO SEGVNDO. (*)

34 ¶ Reconociendo la parte contraria que estas casas son de este vinculo, y las mismas que el fundador grauó, se ha valido de la facultad Real que se refiere supra num. 16. diziendo, que supuesto que su Magestad concedió a Pedro Verdugo, primero llamado a el vinculo, facultad para enagenar bienes de el en cantidad de 11 ∪. ducados, para pagar lo que se restaua de vna condenació de 22 ∪ 200. ducados que a el mismo fundador se le auia hecho en la visita de su oficio de Proueedor de las Armadas, y que esta facultad fue anterior a la venta de esta casa, aunque en ella no se haze mencion de la facultad, es cierto que hizo la vẽta en virtud de ella, porque de otra manera no podia valer la enagenació, y no auia de obrar de modo que impugnara lo mismo que hazia, ad textũ in l. similes 3. ff. de testament. militar. ibi: *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia.*

35 ¶ Y se valdrá tambien de la questió

que

que tratan los Doctores: Verùm si is qui habet facultatem disponendi de mille faciat testamentũ, an si nihil expresserit cẽseatur dispossuisse in suos hæredes ex facultate sibi concessa? La qual question la resolviò afirmatiuamente Bart. in l. peto, §. frater, ff. de legat. 2. & in l. si ita quis, §. ea lege, ff. de verbor. obligat. Bald. Nouel. in l. cum filio familias, num. 4. ff. de legat. 1. Alexand. Socin. Parisio, Ruino, Curtio, Craueta, Natta, Deciano, Hieronym. Gabriel, & alij, in locis vbi per Vincent. Fusar. de substitut. quæst. 550. num. 10. latissimè Menoch. cons. 210. & Peregrinus de fideicõmis. art. 40. à num. 52. vsque ad 63.

36 ¶ Pero sin embargo de estas consideraciones, y de otros qualesquiera argumentos, es sin duda que Pedro Verdugo, a quien se concediò la dicha facultad de enagenar bienes en cantidad de onze mil ducados, ni vsó de ella en la venta de la casa expressamente (vt patet) ni por ser su cõcesion anterior se puede sacar por conjectura, ó presuncion que tacitamente vsasse de ella.

37 ¶ Porque como consta de la escritura de poder, y la de ratificacion, no ay en ella palabra alguna en que se haga mencion de la facultad, ni de que por conjectura se pueda sacar que quiso vsar de ella: y aunque, *expressum*, solet quator modis considerari, videlicét: *verbis vniuersalibus, generalibus, specialibus, & singularibus*, cuyos exemplos pone Menochio dicto cons. 210. num. 28. En esta enagenacion no se puede dezir que ay palabras de ninguno de los quatro modos para que se pueda induzir expresion de la facultad, porque no dize, vsando de qualquier derecho que tenga para poder enagenar, ò valiendome de qualquier licẽcia, ò preuilegio que me competa, ò otras palabras, quantumcumque vniuersales, ó generales, en que pudiera tacitamente comprehenderse la facultad, y asi no se pueden aplicar las doctrinas de los Doctores referidos supra *num.* 35. porque todos ellos en aquella question la resuelven afirmatiuamente,

te, por auer en los casos de que hablan alguna expression subintelecta en la disposicion, ò enagenacion, vt videre est apud illos præcipuè apud Menochium vbi supra *á num.* 31. que và argumentando por la comprehension de las palabras, y assi dize en aquel numero: *Primó mouent me verba illa vniuersalia, dum D. Benedictus dixit*: In tutti i suoi beni stabili di cias caduna sorte è cōditione, ragione, & attioni ad esso signore testadore spettāti, & pertinēti, &c. Y cōcluye en el n. 35. diziēdo: *Est ergo idē dicēdū in casu nostro, quod ex verbis tam generalibus, imó vniuersalibus, voluerit D. Benedictus sub sua dispositione contineri hanc summam Duorū millium ducatorum, & in specie ita sensit Parisius in cons. 72. nu. 60. & 62. lib. 3.* Et prosequitur num. 36. diziendo; *Secundò perpendo illa verba testamenti prædict. D. Benedicti, ibi*: Et de quali esso signor testadore puo disponere, &c.

38 ¶ Lo mismo resuelve por las mismas consideraciones en esta question Peregrino dict. art. 40. y assi dize num. 55. *Contra autem concludendū est. Primó, quia ex dispositione per Mag. Dom. Benedictum in suo testamento clarissimé colligitur, eum dispossuisse, ac disponere voluisse in filiam suam de omni, & toto eo, quod erat in sua potestate, ibi: In omnibus siue bonis mobilibus, & immobilibus, præsentibus, & futuris, quomodocumque, & qualitercumque ad eum spectantibus, iuribus, & actionibus, liberis, & de quibus testator disponere poterat, item & in omnibus, quas facere poterat hæredem instituit D. Lucretiam: nam verba ista ad modum vniuersalia æquipollens speciali dispositioni ac si testator specialiter expressisset omnes, & singulas res, iura actiones, & detractiones, de quibus disponere poterat.* Y para prouar esto se vale y alega el texto in l. si duo, ff. de administrat. tutor. & l. si chorus, ff. de legat. 3. dōde se prueua tantum operare vniuersalem dispositionem in suo genere, & in sua vniuersalitate quātum species in sua specie: y la l. Iulianus, y la l. librorum, §. quod tamen cassius, ff. de legat. 3. en que se prueua: Quod vniuersalis locutio includit etiam ea, quæ aliás in indefinita non continerentur.

tur. Luego no es mucho, que auiendo en las dispo ſiciones palabras tan vniuerſales, y aptas a comprehender las facultades de enagenar, reſuelvan los Doctores, que fue viſto vſarſe de las facultades como ſi expreſſamente ſe huuiera hecho mēcion de ellas, lo qual no correrá en nueſtra enagenacion, en la qual no ſolo no ay palabra alguna vniuerſal, ni general, apta a comprehender la facultad, pero palabras totalmente contrarias, pues en la ratificacion afirman los que la hazen, y confieſſan, *que las caſas ſon libres de todo cenſo, y tributo, y de otra hipoteca, y enagenacion, cargo, ni grauamen*, como adverti ſupra num. 8. y ſon formales palabras de la eſcritura de ratificacion, y ſi las vendian y enagenauan como libres, claro eſtá que no vſauan de la facultad, que era para enagenar bienes vinculados.

39 ¶ Sin que obſte ſi ſe replicare, que no ſolo corre la reſolucion de la queſtion propueſta quando el teſtador teſto con palabras generales, ſi no quando murio abinteſtato, que en eſte caſo la cantidad que virtute facultatis podia diſponer paſſa a los herederos abinteſtato, y no a el fideicomiſſario, vt tradit Baldus nouel. in dict. l. cum filio familias, num. 4. ff. de legat. 1. adonde dize, que vno inſtituyo heredera de ſus bienes a ſu muger, y quiſo que deſpues de ſus dias la reſtituyeſſe a cierto pariente ſuyo, con que pudieſſe ella diſponer a ſu voluntad haſta cātidad de mil: y auiendo muerto eſta muger ſin hazer teſtamento, ni diſponer de aquellos mil, y que preguntado ſi los herederos abinteſtato auian de lleuar aquellos mil, reſpondio, que ſi, y la razon que dio fue: quia illa vxor ſatis dicebatur diſpoſuiſſe cum venientes abinteſtato vocaſſe dicatur, ex l. conficiuntur de iure codicill. & hanc Baldi doctrinam approbaſſe Curt. iun. Socinu, Craueta, & Natta, quos refert Menoch. dict. conſ. 210. num. 50. Luego tantum abeſt que ſean meneſter palabras generales que comprehendan la facultad, que ſin ningunas es

viſto

visto auer dispuesto secundum eam.

40 ¶ Ni tampoco si se dixere, que quādo Episcopus, vel Clericus habet priuilegium testandi si testatur simpliciter, non exprimens se vi illius priuilegij testari, serà valido el testamēto, vt tradit D. Francisc. Sarmiento de redditib. Ecclesiast. part. 4. cap. 4. num. 1. ex disposit. dict. l. 3. de militar. testament. Paul. de Castro in l. ex imperfecto, C. de testament. Alexand. in l. quamquam, C. de militar. testament. Decio in l. contrahenda, num. 7. ff. de regul. iur. Hippolyt. singular. 84.

41 ¶ Porque a todo lo que se opuso a el principio, demas de la consideracion dicha de no auer palabras vniuersales, ni generales que puedā comprehender la facultad, y a estas vltimas replicas multipliciter respondetur.

42 ¶ Lo primero, que todos los casos referidos, y las consideraciones que en ellos hazē los Doctores son en testamentos, en los quales se ha de interpretar largamente la voluntad, como en terminos de la question propuesta supra num. 35. considerat Menoch. dict. cons. 210. num. 37. ibi: *Tertio accedit, quod in testamentis quoad hæredis institutionem larga summitur interpretatio, l. in testamentis de regul. iur. &c.* Et inferius, ibi: *At quia ex larga saltim significatione summa hæc duorum millium ducatorum continetur sub prædictis verbis generalibus, atque ita sub ea bonorum, & iurium appellatione; cum & hæc facultas dicatur ius saltim large, &c.* Adonde juntò Menochio los dos casos, de ser en testamento, y tener la disposicion palabras generales, y aptas a comprahender la facultad. Lo mismo considera en la misma question Vincencio Fusario dict. quæst. 550. nu. 10. ibi: *Probatur ista opinio, primò quia in testamentis larga summitur interpretatio, &c.* Y saca luego la conclusion: *Ergo fiet interpretatio, quod in hæredis institutione veniat, quidquid erat in facultate testatoris.* Pero nuestro caso, que es vna facultad concedida en vn rescripto del Principe, no admite estas extensio-

 nes,

nes, sino que se ha de entender extrictamente, y lo que no se dispusiere expressamente conforme a ella, no será valido: *Quia similes facultates* (dize Pelaez de Mieres 4. part. quæst. 11. num. 23.) *quæ cōceduntur ad alienandum bona maioratus potius sunt restringendæ quam ampliandæ, & ideò dicit glosa in cap. Imperialem in princip. de prohib. feud. alienat. Quod licentia data per dominum ad alienandum rem feudalem est strictè interpretanda, &c.* Dom. Molina de primogen. lib. 4. cap. 4. num. 38. ibi: *Quibus adiicitur facultatem esse stricti iuris præciséque atque strictè intelligendam fore. Ex quibus rationibus sic in facultate Regia ad alienanda bona maioratus concessa opinati fuerunt, Celsus cons. 117. num. 4. ad finem, &c.* Y tanto mas quando la facultad de enagenar no es en vtilidad del mayorazgo, veluti si concessa fuisset ad subrogandum in eius locum rem aliam maioris valoris, que aun en este caso se pudiera ampliar, vt limitando doctrinas supra relatas considerat Gregor. Lopez in l. 9. tit. 11. part. 6. verbo, *que la non pudiesse vender.* Luego enel caso presente, que la licencia de enagenar no fue en pro, ni vtilidad del mayorazgo, ni para subrogar rem maioris valoris, & vtilitatis, strictè intelligenda est, y no auiendo vsado de ella expressamente aquel a quien se le concediò, no se ha de entender que quiso vsar de ella como en las facultades de enagenar dadas en los testamentos, que es en el que habló, Bald. Nouel. Menochio, y los demas arriba referidos.

43 ¶ Lo segundo se responde (y es lo mas indiuidual que en este caso se puede considerar) que la opinion de Baldo Nouello, y los demas que dizen, que aquel que tiene facultad de enagenar si expresse non alienauit videatur tacitè dispossuisse, vt ad hæredes abintestato etiam veniat, se deue entender de aquellas cosas que no tienen prohibicion de enagenacion, y que son en ellas sucesibles qualesquiera herederos, ò estraños, ó venientes abintestato, que entonces sponte illas videtur reliquisse defunctus ille qui dedit alienandi facul-

facultatem: pero no en los caſos de mayorazgo, ò feudo, porque el pacto, la facultad de enagenar, ni la conceſsion para ello no les muda la calidad de ſer inalienabiles, ſi no que les quita, ò ſuſpende aquel impedimento de enagenacion, ſcilicét, prohibitionem, la qual no obra ſi no ſe ſigue la enagenacion. Todo eſte diſcurſo es de Enrico Roſental. de feudis cap. 9. membr. 1. concluſ. 40. adonde diſputando la queſtion, ſi en los feudos que tienen conceſsion de poderſe enagenar, an ſine nouo domini conſenſu alienatio fieri queat. Y diſputado ſi paſſarà virtute iſtius facultatis ad filias; & ad quoſcumque hæredes extraneos, llega en el num. 18. a tratar, ſi las enagenaciones vniuerſales, ó indefinitas comprehenderàn eſta licencia, dize: *Sané, vt quod ſentio exprimam, nullo modo fero iſtius modi feudi naturam ita vediri mutatam, vt etiam in tacitas diſpoſitiones indefinitas, aut generales (niſi ſint vniuerſales) in hæredes extraneos factas veniat, niſi præſupponas omnia feuda in diſpoſitionibus de iis licitis quoque venire, de quibus ego ſupra quæſt. 13. hoc eod. cap. concludo, quod ad hæredem extraneum abinteſtato, ad creditores, ad fiſcum, ad filias in eo iudicio non tranſit. Si enim voluiſſet hoc vaſſallus, id aperté diſpoſuiſſet ita vt exiſtimem hic locum habere illud quod plerique dicunt: ſi vaſſallus huiuſmodi pacto vſus non ſit, tum id ſecundum naturam feudi deuolui ac deferri. Ac poteſt his addi, quod pacta in iis quæ naturæ feudorum repugnant ſint ſtricté explicanda.* Y oponiẽdoſe por argumẽto la reſolucion de Baldo Nouello, y los demas, y diziendo: *Vnde multi concludunt, ſi hæres inſtitutus, & poſt mortem hæreditatem reſtituere rogatus, ita tamen, vt de mille ducatis diſponere poſſit abinteſtato deceſsit, & de iſtis mille nihil diſpoſuit, quod hæredes eius abinteſtato poſsint illa in illé ducatorum detrahere, quoniam iis cenſeatur tacité, & ſponte reliquiſſe: argum. dict. l. conficiuntur, ita Bald. Nouell. in l. cum filio famil. num. 4. ff. de legat. 1. ſe reſpondiſſe refert quæ ſequuntur, &c.* Y và refiriendo a Bartulo, Socino, Natta, Deciano, Crauetta, Curtio, Menochio, y Franciſc. Mantica in locis, vt ibi, que ſon los que

ſiguen

siguen a Baldo Nouello, y respōde a esta resoluciō con estas palabras: *Sed respondeò dict. l. conficiuntur loqui de rebus sui natura ad hæredes abintestato penetrabilibus, quod sponte illos videatur illis reliquisse defunctus, sed feuda sui natura ad eos non nisi sint hæredes feudales pertinent, ergo, &c. Ad decisionem Baldi Nouelli, & sequacium dico illam apud me esse dubiam; si nimirum ista facultate expresse non sit vsus, nisi fortasse ex vehementibus coniecturis illum hæredibus reliquisse constet.* Que es lo que arriba proue con las consideraciones de Menochio y Peregrino, que hablan quando ay conjecturas y palabras aptas a comprehender la facultad, que en ninguna manera las ay en esta venta. Y prosigue Rosental mas a nuestro proposito en el num. 22. *Nec enim pactum vel concessio alienandi rem ipsam mutat, nec ius in re alicui adquirit, sed dūtaxat alienationis scilicet prohibitionem, tollit, ideòque non operatur nisi alienatio sit sequuta, hoc videtur probari ex textu in l. sicut 8. §. si voluntate, ff. quib. mod. pign. vel hipoth. solvit. Vbi res pignori per consensum alienandi, non tollitur ex re nisi alienatio sequatur. Confirmatur, quotiescumque aliquid voluntati alicuius permittitur necesse est, vt voluntatem suam declaret expresse, l. si ita legatum, §. illi si volet, ff. de legat. 2. l. centesimis, §. si ita, ff. de verbor. obligat. Ac quoniam isto alienatio in præiuditium, vel domini, vel agnatorum sit, ideò id de expressa, non de tacita, aut ficta intelligendum erit. Siquidem voluntas tacita non est proprie, sed improprie voluntas, &c.* Y concluye este discurso diziendo: *Semper summi debet explicatio qua proprius ad ius commune feudorum, & mentem contrahentium accedamus, vt alibi sæpius dixi. At certè vbi res alienari regulariter, & sui natura prohibita per contrahentes in eos, ad quod aliter non transit, alienari conceditur, mens & sensus contrahentium videtur fuisse, vt nisi ista licentia & facultate vtatur res maneat in recta sua natura, & ad eos perveniat, ad quos natura sua remoto isto pacto venire deberet, si enim voluisset vt ad quoscumque hæredes, aliosque transiret id verbis alijs exprimere potuissent, & fuissent.* E puesto tan dilatadamente a la letra este lugar, porque satisfaze a la question de Baldo Nouello,

uello, y haze la diferencia en las cosas que de su naturaleza son inalienables, como los feudos, y los mayorazgos, en que ay tanta equiparacion, que para la resolucion de las dudas de los mayorazgos se valen los Autores que escriuen su materia de las de los feudos, vt videre est apud Dom. Molinam de primogen. sexcentis in locis. Luego no se puede aplicar la resolucion de Baldo a nuestro caso, en que siendo la facultad para enagenar bienes de mayorazgo en cantidad de 11ꝑ. ducados, no vsó de ella expressamente.

44 ¶ Respondese lo tercero, que para q̃ esta enagenacion de las casas de este pleyto fuera valida, era preciso que en la escritura de venta, ó de ratificacion estuuiera inserta la facultad, y los demas autos y diligencias que en virtud de ella se deuieron hazer (como lo està en el censo de adonde se ha sacado la que se presenta) y tanto mas no siendo esta facultad para enagenar especialmente estas casas, si no para enagenar qualesquier bienes del mayorazgo en cantidad de onze mil ducados, porque en las cosas para cuya enagenacion se requieren algunas solennidades, sin las quales no se puede hazer la enagenacion, estas nunca se presumen aunque passen treynta ni quarenta años, y esto aunque se enunciassen en la escritura, porque de otra manera facilmente se pudieran defraudar las disposiciones del derecho que prohiben la enagenacion de los bienes de los menores, de las mugeres, de las Vniuersidades, de las Iglesias, y Monesterios con solo dezir en las escrituras que precedieron las solennidades necessarias, probat hoc eleganter Flores Diaz de Mena, con doctrinas de treynta Doctores que junta, y refiere sus lugares, variar. quęst. lib. 3. quæst. 23. num. 94. ibi: *Tertiò infertur, quod in rebus minorum, mulierum, Vniuersitatum, Ecclesiarum, Monasteriorum, & aliorum qui sine decreto, & certis solemnitatibus alienare bona sua immobilia non possunt; nunquam ex cursu decenali præsumitur titulus, nec præsumitur solemnitas, necessaria ad tituli validitatẽ,*

etiam

etiam si possessio tricenalis, & quadragenalis sit, &c. Y prosigue dando la razon, inferius ibi: *Nec vim facio an solemnitates enuntientur in scriptura, vel non, dummodo de eis non constet in scriptura separata, vel tabellio, fidē de eis non faciat, aliàs omnes Extrauagantes, Canones, & Leges, quæ prohibent similes alienationes facillimé defraudarentur, &c.* Y dize, que esta es verdadera resolucion, y justa, que la deuen obseruar los Iuezes rectos, y doctos Abogados in iudicando, & consulendo, y que la prueuan los Doctores, y refiere treynta, a los quales añado los que juntò Farinacio in suo repertorio iudiciali, quæst. 79. num. 1. & 2. præcipuè num. 9. 10. & 11. vbi eleganter distinguit. Luego en nuestro caso, adonde la enagenacion se hizo sin hazer mencion de la facultad, y sin enunciarla si quiera, no serà valida, aunque huuiesse precedido.

45 ¶ Y aun prosigue Flores Diaz de Mena mas apretadamente en el num. 95. diziendo, que quando la solemnidad es necessaria para la validacion del titulo, esta es parte del titulo, y que es sospechoso presentarse el titulo, y faltarle las solemnidades necessarias, y assi dize: *Attamen maturius considerando, quando solemnitas necessaria, & essentialis est ad tituli validitatem pars tituli est, & titulus ipse reputatur, & præsumptio eius, ita est præiudicialis, & nociua sicut, & ipse contractus, vnde nulla differentiæ ratio constitui potest circa facilliorem, vel difficiliorem præsumptionem: imó maior suspitio est quando titulus exhibetur, & illi solemnitates necessariæ deficiunt, cum nunquam soleat titulus ab eis disiungi, & sine eis seruari: tùm etiam rerum probibitarum, vt in plurimum, contractus secreto fiunt absque solemnitatibus, &c.* Pues quanto mas en nuestro caso, que como dicho es, la facultad era para enagenar bienes en cantidad de onze mil ducados, y era preciso, para saber los que estauan enagenados, que se pusiera, no solo la facultad en la venta de la casa, si no los demas autos que en su virtur se auian hecho, y las cantidades que se auian tomado, aliàs virtute istius facultatis, pudiera enagenarse

genarse funditus todo el mayorazgo, lo qual no fue voluntad del Principe, y el comprador deuio cuydar que se obseruasse ad vnguem, para que fuesse buena y legitima su compra, vt tradit Dom. Molina de primogen. lib. 4. cap. 4. num. 23. & ibi ab Additionatoribus relati.

46 ¶ Lo quarto se responde, que aunque bastantemente se satisfaze a la doctrina del señor don Francisco Sarmiento, relata supra num. 40. con dezir, que habla en disposiciones testamentarias, vbi plené voluntates testantium interpretantur, vt probauimus supra num. 42. Attamen, para que no quede sin particular respuesta digo, q̃ la doctrina en el caso que propone este doctissimo escritor non transit sine contradictore, como el lo reconoce, pues tiene cõtra si a Bald. in cap. 1. in §. item sacramenta de pact. iuram. firmand. col. penultim. num. 10. quem alij sequuntur. Y despues de auer el escrito lo impugna el Cardenal Tuscho, litter. E. conclus. 653. adonde auiendo dicho en el num. 30. *Extende, quia Ecclesiastica persona, quæ habet facultatem testandi de fructibus Ecclesiæ, ad hoc vt valeat hæredis institutio generaliter facta, quoad fructus Ecclesiæ debet expressa mentio fieri. Corneus cons. 304. col. 6. lib. 3. cum alijs allegatis per Sarmiento de fructibus Ecclesiæ, 4. part. cap. 4.* Y prosiguien en el num. 31. *Contrarium tenet expresse Sarmiento dicto loco, vbi dicit falsum esse, & plura ad hoc allegat maximé textus in l. 3. ff. de testament. milit.* Dize luego en el num. 33. *Declara, quia imò decipitur Sarmiento, etiam si agatur de vltima voluntate: quia cum fructus Ecclesiastici sint in dominio Ecclesiæ, & non disponentis: quia licẽtia non concedit ius aliquod reale, Gabriel cons. 83. in principio, num. 6. & 7. lib. 1. Et disponat de re aliena, tenetur in hoc casu expressam facere mentionem. Marcabran. cons. 81. num. 20. & seqq. maximé num. 26. Secus, si disponatur de re, cuius disponens habet dominium.* Doctrina que conviene con lo mismo que dixo Rosental en el lugar arriba referido en los bienes feudales. Y assi con esta respuesta de Tuscho se recono-

ce la diferencia que ay de los bienes, en que no ay prohibicion de enagenacion, a los que la tienen, que en aquellos podria correr la doctrina de Baldo Nouelo, y los que le siguen, de que no es necessaria la expression auiendo facultad de enagenar, pero en estos es preciso expressarla, aliás no se entenderá auer vsado de la facultad.

47 ¶ Quinto, & vltimo a la ley 3. ff. de militar. testament. ademas de hablar en disposicion testamētaria, quæ semper benigne interpretatur, y tanto mas en la especie de este texto, en el qual se trata de defender, que vn soldado que destinauerat iure communi testari, y murió antes de hazerlo, no muera intestatus, si no que le valga el preuilegio militar, porque no se ha de creer que luego le renunció por auer querido testar iure cōmuni, vt in textu ibi: *Neque enim, qui voluit iure cōmuni testari; statim beneficio militari renuntiauit.* Respondetur, que antes, siempre que vn acto se puede hazer vel ex iure communi, vel ex iure priuilegiato, es necessario que el que le haze expresse de que derecho quiere vsar, y esto se prueua de este texto, y de la ley eius militis, §. militia missus, ff. eodem, que en ambos se supone expression de voluntad, in l. 3. ibi: *Qui destinauerat iure communi testari*, in l. eius, ibi: *Si iure militæ sit scriptum.* Y no auiēdo esta expression, se entenderá qne se hizo el acto iure communi: assi lo entendiò Alvarado de coniecturata mente defuncti, lib. 3. cap. 2. §. 2. adonde tratando en el num. 26. si vno que tuuo facultad Real para hazer vn mayorazgo, no declaró que vsaua de ella, si serà visto auer dispuesto virtute facultatis, dize, que no, diziendo: *Vel ea ratione, quia quando actus ex iure communi, & priuilegiato fieri potest si simpliciter fiat, & iure communi substineri potest, ex eodem communi iure, & non ex priuilegiato factus censetur, l. 3. ff. de militari testamento.* Y prosiguiendo en el num. 27. dize: *Quæ quidem distinctio, iam dicto modo intellecta, quam optimé confirmatur, ex textus in l. eius militis, §. militia, ff. de testament. militar. Vbi dicitur,*

quod

quod si testator in primo testamento asserat, si iure militari speciali testari (vt in primo distinctionis supradictæ casu) si in secundo testamento id non expresserit, ibi dicitur, quod in dubio ex iure communi, & non speciali secundum factũ, censeatur, &c. Y prosigue: *Oportet igitur vt militari, vel alio priuilegiato iure quis testetur, quod ab eodem hoc exprimatur: scilicét, quod hoc priuilegiato iure testatur: nam alioquin ex iure communi testari censebitur: vt probat ille textus, ibi: Si iure militiæ fuit scriptum.* Luego antes por estos textos es necessario que se expresse la voluntad, y no son adaptables a este caso.

48 ¶ Y a lo que se dize por la parte contraria, que en la escritura de fundacion se diò facultad a el primero llamado para q̃ pudiesse enagenar los bienes vinculados para pagar la dote de doña Ana Pacheco, con quien auia de contraer, y por cuya contemplacion se hizo el vinculo. Se responde, que no consta de esta restitucion de dote, antes no se hizo, porque huuo hijo de este matrimonio, que heredó el vinculo, y que no auiendose vsado expressamente deella, correrán las mismas doctrinas que quedan referidas, de que es necessaria expression.

49 ¶ Vltimamente, aunque en la escritura de fundacion el fundador reseruó el poder añadir a este vinculo renta, y de aqui se quiere cõsiderar, que pudo en su vida enagenar las casas de este pleyto, esto es sin fundamento. Lo vno, porque la facultad que reseruó no fue para diminuyr el vinculo, porque la promessa fue, que auia de vincular mil y quinientos ducados de renta para que Pedro Verdugo su hijo casasse con doña Ana Pachecho, y assi siendo este el contracto, y por via onerosa, no podia quitar ni diminuyr del cosa alguna, y assi si algo podia hazer era aumentar, pero no diminuyr, enagenando los bienes grauados ya con el vinculo. Lo otro, porque no consta què vsasse de esta facultad, antes con euidencia lo contrario, pues es constante, que quien enagenó fue el Pedro Verdugo, primero llamado, y de el se deri-

uan los titulos que tiene don Pedro de Alarcon Aranda, parte contraria. Con lo qual queda fundado (a mi parecer con euidencia) que la facultad de que el susodicho aora se ha valido, no le puede ser de fundamento alguno.

(*) ARTICVLO TERCERO. (*)

50 ¶ Vltimamente, considerando la parte contraria que es indubitable que las casas de este pleyto son las mismas comprehendidas en el vinculo que oy possee esta parte, por quien escriuo, y que no se pudieron enagenar, y que precisamente las ha de restituyr, se acoge a el assilo delos mejoramientos, alegando, y pretēdiendo prouar, que en ellas se han hecho muchos, labrando corredores, almacenes, y otros quartos, que vnas vezes ha alegado que estas mejoras importan dos mil ducados, otras quatro, y en esta instancia, en vna peticion, quatro mil ducados, y despues, recebido a prueua, alegando mas de su justicia, que siete mil y quinientos, variando en esto de manera, que nūca ha pretendido mas que embaraçar la restituciō con la grande cantidad de mejoramientos, valiēdose para ello de testigos, que han dicho algunos con tanto afecto, que articulandose por la parte solos dos mil ducados, deponen ellos, que tienen de mejoras quatro mil, y diziendo todos con mayor variedad que la que en sus alegaciones ha tenido la parte contraria, lo qual para la determinacion harà V.m. que se ajuste por el Relator, porque ajustarlo aqui, siendo cosa que consiste en el hecho, fuera cansarle, y hazer prolixo este articulo, y assi solo ajustarè el derecho que assiste por esta parte.

51 ¶ Question ha sido bien reñida, y largamente disputada entre los Doctores, si el sucessor en el mayorazgo tendrá obligacion a pagar las expensas y mejoramientos de los edificios hechos en las casas y cosas de los mayorazgos: ocasionó

sion ò esta disputa la decision de la ley 46. de Toro, que dispuso: *Vxores, ac filios, seu alios hæredes, non posse repetere eã, quæ in ædificijs in solo maioratus factis á maioratus possessore expensa fuerunt: sed ea omnia illico ipsi maioratui absque stimationis solutione accrescere.* Porque Palacios Rubios (Consejero entonces de los señores Reyes Catolicos, illius legis conditores) dixo, que era iniqua, nimis rigorosa, nec iuri, nec rationi consona, in Rep. Rub. de donation. inter vir. & vxor. §. 62. num. 16 prout refert Dom. Molina de Hispanor. primogen. lib. 1. cap. 26. num. 15. Y dize Palac. Rub. que si el se hallara en el Consejo el dia que aquella ley se hizo, la cõtradixera: *Et quod sperat futuris temporibus iustissimé abrogandam esse*, quẽ alij quam plurimis sequuntur. Otros Doctores lleuaron lo contrario, diziendo, que la l. 46. es justissima, ciuilique, ac morali ratione fulcita. Quisieron otros, que esta ley solo se entendiesse en los tres casos que ella expressa, scilicét, ad impensas factas in castris ædificandis, item in muris ciuitatum, vel oppidorum pertinentium ad maioratum, item quando ædificatur in domibus maioratus: y que fuera de estos tres casos impensæ factæ in maioratu sint ex solvendæ vxori, vel hæredibus melinrantis, iuxta regulam l. domos 61. ff de legat. 1. cap. 1. §. si vassallus, hic finitur lex in vsib. feud. & tenent hanc opinionem Celsus, Gomez Arias, Anton. Gomez, Didac. Burgos de Pace, Alvarus Valascus, Pelaez á Mieres, & Ioan. Metienço in locis, vbi per Ludou. Velazquez de Auẽdaño in commentarijs ad dict. l. 46. Tauri, glos. 6. num. 3. Vltimamente quisieron otros, que las expensas y mejoramientos hechos en los bienes de mayorazgo à tertio bonæ fidei possessore vtiliter, possint ab eo recuperari, & quod successor eos præstare teneatur, per textum in l. dominus horruorum, §. in conducto, ff. locati, & ibi communiter DD. l. sed est, §. si dominus, vers. *Si inquilinus*, & in l. Colonus, in principio, ff. eodem tit. l. in

fundo,

fundo, ff. de reivindicat. l. si habitator. eodem tit. & in §. certé illud. Instit. de rer. diuision. & hanc opinionem tenent Didac. Burgos de Pace ciuil. quæst. 7. num. 33. adonde dize, que la l. 46. de Toro, hodie l. 6. tit. 7. lib. 5. Recopilat. no corrigió en esto el derecho comun, y que no habla in tertio qui bona fide expendit in rebus maioratus, sed in ipso maioratus possessore expendente, prosequitur eadem argumentatione Ioan. Matieço in dict. l. 6. tit. 7. lib. 5. Recopilat. glos. 3. num. 3. & in bonę fidei possessore expendente tradunt Hippolyt. Riminald. consil. 411. num. 8. & 13. lib. 4. Surd. decis. 300. Ioan. Garcia de expensis, cap. 1. num. 24. Peregrin. de fideicommis. art. 50. num. 29. cum pluribus seqq. laté Dom. Ioan. del Castillo de vsufruct. cap. 56. & 57. & in emphiteuta meliorante cum infinitis Alvar. Valascus de iure emphiteut. quæst. 25. num. 6.

52 ¶ Pero sin embargo de esta controuersia, la opinion mas corriente, y que mas se ajusta a la razon, y a el derecho, es, que la ley 46. de Toro, y su decision, es justissima, y se funda en razon ciuil, y moral, y que habla generalmente en los edificios y mejoramientos hechos en todas las cosas de mayorazgo, y assi que el sucessor en el non tenetur exolvere melioramenta vlla, nec vxori, nec filijs, nec hæredibus vltimi possessoris meliorantis, neque tertio bonę fidei possessori bona fide expendenti, nisi necessaria, & præcisa, adeó expēsa quod aliàs res maioratus corruerent omnino, & hoc in subsidium quando non valent ab hærede vltimi possessoris recuperari, y por ellos no se dà retencion, ni hipoteca.

53 ¶ En quanto a lo primero, de que la ley 46. es justa, lo prueua el señor Doctor Luys de Molina dicto cap. 26. num. 15. lib. 1. ibi: *Quamuis autem ea lex Tauri à prædicto insigni Doctore, & alijs rigorosa, & iniqua appelletur: æqua tamen, ac iuri, atque rationi consona pluribus visa fuit, vt apparet ex adductis à Didaco del Castillo in glos. 1. Anton. Gomez num. 4. & cæteris*

cæteris in eiusdem legis commentarijs, & Fernand Menchaca de succession. creation. dict. lib. §. 1. num. 13. Et inferius suam proferens sententiam inquit. *Sed mea sententia: l. illa Tauri iustissima ciuili ac morali ratione falcita est, nec eius decisio prædictæ communi scribentium opinioni adversatur, &c.* Y fundandola considera dos razones justissimas, que fueron sin duda las que dieron motiuo a la decision de la ley. La primera, que fuera injustissima cosa obligar a el sucessor a pagar valor de edificio que fuesse mayor que el de todos los frutos que pudiesse percebir en toda su vida, y por este camino priuarle del mayorazgo, y assi dize: *Posset enim esse, quod esset maior valor ædificij, quam fructuum, quos in vita sua percipere deberet; sicque per indirectum omni maioratus emolumento priuaretur. Ad quod inconveniens vitandum iustius ac æquius visum fuit Legislatoribus, vt is, qui in re maioratus aliquid expendit expensas, non recuperet quam quod eas solvat is, qui ædificia non fecit, &c.* La segunda, que si el sucessor de el mayorazgo huuiera de pagar las mejoras de los edificios, pudiera pedirlas de el siguiente, y este de el otro, y assi que se diera infinidad, quæ quidem vitanda est, sic Dom. Molina: *Quod alia etiam apertissima ratione fulcitur. Si enim maioratus successor expensas ædificiorũ solveret, vtique illas á sequenti repeteret, & ille sequens ab alio, & alius ab vlteriori; & sic in infinitum procedere repetitio. Non enim esset dabilis ratio maior in vno, quam in altero, quod tollerandum, non est infinitas, namque est vitanda, l. fideicommissa, §. qui decem, cum similibus, ff. de legat. 3. &c.* prosequitur Velazquez de Auédaño in dict. l. 46. glos. 6. à num. 7. y desde el numero 9. và respondiendo à todos los fundamentos de los que siguieron a Palacios Rubios, late vt adsolet Dom. Ioan. del Castillo, qui plures refert, & ex eisdem rationibus adductis á Dom. Molina æquitatem l. 46. Tauri, comprobat dict. lib. 5. cõtrouers. cap. 65. num. 86. & 87. & num. 94.

58 ¶ En quanto a lo segundo, de que la ley 46. habla generalmente en los edificios y me-

joramientos hechos en qualesquiera possessiones de mayorazgo, y no tan solamente in castris, muris opidorum, aut in domibus principalioribus maioratus, es doctrina del señor Molina dict. cap. 26. num. 16. adonde dize, que habla la ley generalmente in omnibus rebus maioratus, y que no se puede assignar razon de diferencia, y que se ha juzgado muchas vezes assi por los Iuezes superiores, y concluye diziendo: *Siquidem absurdissimum esse dicere legis illius conditores, qui à petenda æstimatione melioramentorum, quæ in domibus, castris, aut muris ipsius maioratus reparandis facta fuerunt; quæ communiter melioramenta necessaria esse solent, hæredes, atque vxores maioratus possessores excluserunt, voluisse eiusdē repetitionem melioramētorum, vel ædificiorum, quæ aliàs voluntarié minus superfluæ fiunt concedere. Imò lex illa difficiliores casus expressit, vt in facillioribus id ipsum potiori ratione decideretur:* sequitur Velazquez de Auēdaño dict. glos. 6. á nu. 4. cum seqq. referens Dom. Molinam, hic Ioan. Garciam, Gomecium, Lupū, Castellum, & Pinellum in locis vt ibi per eum. Y dize en el num. 12. *Quarto ex eadem ratione deducitur, non solum legem procedere in ædificijs factis in domibus principaliaribus ipsius maioratus. Sed etiam in inferioribus, quia cum ratio generalis sit ad omnes res, & casus extenditur, &c.* Y que por esta opinion juzgò la Chācilleria de Valladolid illo patrocinante, latissimé Dom. Ioan. del Castillo dict. cap. 65. num. 88. & 89. & num. 96. qui pro hac sententia vltra relatos ab Auendaño refert Ioan. Gutierrez practicar. lib. 2. quæst. 83. num. 1. & 2. qui pro hac opinione plurimas rationes adducit, & Azeued. in cons. 83. num. 4. & 5.

55 ¶ De lo dicho resulta. Lo tercero, que el sucessor non tenetur ex solvere melioramenta vlla, nec vxori, nec filijs, nec hæredibus vltimi possessoris melioràtis, quod fatentur omnes relati qui dicunt iustissimam fuisse legis 46. decisionem, y lo mismo en el tercero posseedor bona fide possidente, atque expendente sic, Dom. Ioan.

del

del Castillo dict. cap. 65. num. 95. ibi: *Secundo cõstituo, post editam eadem l. 46. omnibusque notam, nec maioratus possessorem, nec etiam alium tertium bona fide in rebus maioratus expendentem, creditorem vé ad ædificiũ, vel refectionem mutuantem pecuniam, conqueri posse, siue legis eius rigorem allegare, &c.* Et inferius: *Tertius denique bona fide expendens in rebus maioratus inquirere, & inuestigare debuisset eius rei, quam comparauit, qualitates, & circunstantias, & diligenti inquisitione non præmissa, non emere, quod si non fecerit sibi imputet, &c.* Et prosequendo materiam num. 97. sic inquit: *Quartò constituo, rationes illas omnes quas pro iustificatione, & iuridica decisione dict. l. 46. Tauri interpretes omnes, huc vsque scribentes excogitarunt (de quibus supra) institutorum etiam mentem intentionem, & voluntatem, de qua etiam superius, ita æqualiter militare ac (si verùm amamus) seruari debere, quandò tertius quicumque veluti emptor, aut alius alio titulo, & bona fide possidens, expendit, melioramentaque fecit, cum ipse diligenter inquirere deberet rei emptæ qualitatem, & non emere, nec expendere, &c.* Y lo mismo repite en el num. 99. ibi: *Tùnc equidem dicendum erit secure maioratus successoré, non teneri soluere hæredibus vltimi possessoris vtiles, quas fecit impensas, seu meliorationes in rebus maioratus, & id ipsum procedere in emptore, aut alio tertio, qui bona fide expensas eas fecerit vtiles in rebus ipsis maioratus quas emit, nec enim eas recuperare poterit, sed statutum in possessore maioratus expendente, vel meliorante in tertio quoque locum habere debuit ob eandem illius l. 46. decisionis rationem, &c.* Y que el sucessor del mayorazgo no tenga obligacion a pagar estos mejoramientos a los herederos del antecessor, lo prueuan tambien Dom. Molin. Ioan. Garcia, Ioan. Gutierrez, Auendaño, Matienço, Azeuedo, Didac. Burgos de Paz in locis allegatis supra num. 54. Y que esto mismo se entienda en el tercero, ademas de los lugares referidos del señor don Iuan del Castillo, lo dixo elegantemente Auendaño por la consideracion de la ley 45. de Toro, por cuyo ministerio passa la possession de los bienes de el mayorazgo

en el siguiente, statim á morte vltimi possessoris, y no auian de retardar esto las mejoras quantumuis vtiles, omnino videndus in dict. l. 46. glos. 7. num. 12.

56 ¶ Y aunque los herederos de el vltimo posseedor, y el tercero, qui bona fide expendit adeó præcisè, & necessario, vt aliás res maioratus corruerent, puedan pedit estas expensas, vt inquit Auendaño vbi supra, ad fin. num. 12. Attamen, por ellas, ni tienẽ hipoteca, ni se les dà retencion: dixolo assi el señor don Iuan del Castillo dict. cap. 65. num. 101. ibi: *Sed nec posse pro huiusmodi expensis, quantumque necessarijs emptorem ipsum iure retentionis vti, cum retinendi ius à natura genuina maioratuum, institutorum mente, clausulisque prohibitionis alienationis multum abhorreat, nulloque casu extraneo concedenda sit rerum maioratus retentio, nec ipsarum translatio impediri possit post decisionem l. 45. &c.* Y prosiguiendo en el mismo numero dize, que tampoco tienen hipoteca, ibi: *Nec minus competere potest ius aliquod hypothecæ, tacitæ, vel expressæ, eidem emptori, aut alteri tertio, quia bona fide in bonis maioratus expendit, quoniam ipse nullum negotium contraxit cum successore maioratus, &c.* Y assi para estas expensas necessarias y precisas dize, que solo le quedarà adversus successorem maioratus el remedio introduzido por la equidad de la l. si me & Titium, ff. si certum petatur, en caso que no las pueda recuperar de los herederos de el vltimo posseedor, por quien gastó, ò a quien cõpró. Y prosigue latamente en los numeros siguiẽtes, respondiendo a los fundamẽtos de los que lleuan lo contrario.

57 ¶ His sic præhabitis en nuestro caso, que indubitablemente la casa de este pleyto es de mayorazgo, segun las doctrinas referidas no tendrá obligacion don Pedro Verdugo a pagar mejoramientos algunos, quantumvis vtiles, y don Pedro de Alarcon solo tendrà accion a los reparos precisos y necessarios para la conservacion de esta casa, y por ellos no tendrà retencion alguna, ni hipoteca,

porteça, y esto es siendo posseedor de buena fee, lo qual no se yo como lo podrà prouar, pues el y sus antecessores por sus mismos titulos han sabido q̃ la casa es de mayorazgo, y por la publica voz y fama que de esto ha auido, y quando menos por los pleytos desde el año de 632. Y en semejantes posseedores ningunos mejoramientos se les han de dar, præcipuè in bonis maioratus, por la razon de el señor Castillo, de que pudieron saber e inquirir al tiempo de la compra la calidad de esta casa.

58 ¶ Y vltimamente, y quando por la equidad algunos mejoramiẽtos se le huuiessen de dar, es digno de reparo la variacion que en los alegatos del contrario ha auido, pidiendo vna vez dos, otra vez quatro, y vltimamente siete mil y quiniẽtos ducados, todo a fin de impidir, ò impossibilitar la restituciõ desta casa al mayorazgo, que es lo que quiso remediar la ley, y lo que dize el señor Molina, y señor Castillo, no se deue hazer, porque si huuiesse de pagar esta cantidad importaria mas que lo que le puede valer a don Pedro Verdugo en lo que le queda de vida, y dexara de tomarla, porque no ha de quedarse con ella, ni poder disponer despues de sus dias, que es con lo que respõde el señor Molina al argumento que se haze con el que gasta y expẽde in rebus fideicommissi, que puede cobrar del fideicomissario, porque en este ha de quedar la cosa para poder disponer de ella, & sic ait dict. cap. 26. num. 16. lib. 1. ibi: *Ex his etiam infertur, quod si quis fecit fideicommissum etiam cum vocatione primogeniorum, sed eius naturæ, vt deficientibus nominatis expirat, & is qui vltimo nominato, illud restituere debet, aliqua ædificia in rebus fideicommisso subiectis facit, is poterit ab vltimo vocato æstimationem ædificiorum recuperare, ex glos. in dict. l. emptor. Cum enim vltimo loco vocatus ea bona, tãquam libera accipiat, ex textu in l. qui solidum, §. prædium, ff. de legat. 2. Non mirum si hoc casu dict. l. Tauri decisio locum non habeat, cum in eo ratio, & causa finalis a qua pendet eiusdem legis dispositio, omnino deficiat.* Lo qual en nuestro caso no cor-

re, pues (como dicho es) don Pedro Verdugo la ha de restituyr a el siguiente: y tanto mas corre esta consideracion no teniendo como no tiene hijos el susodicho, y que la vendria a pagar para vn estraño: y assi solo se deuerán dar los reparos necessarios, y estos compensados con los frutos y rentos de tantos años, sin que esto lo retarde retencion alguna.

59 ¶ Con lo qual queda prouado, que la casa deste pleyto es del mayorazgo de don Pedro Verdugo Silva y Alarcon, y la misma que Francisco Verdugo vinculò en la escritura de mayorazgo, el qual era dueño della quando hizo el vinculo, y assimismo la tuuo y posseyò Pedro Verdugo su hijo, primero llamado, como de vinculo y mayorazgo, y el mismo la enagenò, diziendo que era libre, y sin grauamen alguno, y del tiene titulo la parte contraria: y que aunque tuuo facultad para enagenar bienes en cantidad de onze mil ducados, no vsó de ella en la enagenacion de esta casa, ni tacita, ni expressamente: y que los mejoramientos son ningunos, ò de poca consideracion, y quando de alguna, no los deue pagar ni satisfacer el sucessor del mayorazgo: y quando por equidad deua pagar los precisos y necessarios, solo serà con vna accion personal, sin que por ellos se pueda considerar hipoteca tacita, ni expressa, ni darse retencion, y assi se han de restituyr estas casas a don Pedro Verdugo sin retardacion por ningunos mejoramientos, y esperamos assi se ha de determinar. Salva in omnibus V. D. C.

Licenciado Ramon de Morales.